

JUSTIÇA & CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

ISSN 1807-792X
#723807/79000
00303>
Edição 101 - Dezembro de 2008
R\$ 16,90

ROBERTO VALLIM BELLOCCHI
PRESIDENTE DO TJ/SP

A GESTÃO DO MAIOR TRIBUNAL DO MUNDO

Editorial: EQUILÍBRIO, PRUDÊNCIA E UNIÃO

PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTRADIÇÕES, CLÁUSULAS PÉTREAS E O DESAFIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Titular da USP
Presidente do Instituto “Pimenta Bueno”



Foto: AIDE

“O PRIMEIRO PONTO A SALIENTAR CON CERNE A SEU PERFIL DE CONSTITUIÇÃO ‘ABERTA’, QUE, ALÉM DE REGRAS, ENUNCIA PRINCÍPIOS COGENTES. DE FATO, O TEXTO É FÉRTIL NA IMPOSIÇÃO DE PRINCÍPIOS.”

Introdução

Os vinte anos de vigência da Constituição de 1988 ensejam um exame de suas instituições quanto às conseqüências que têm. Estas formam a ordem constitucional concreta que rege o País. Sim, porque as Constituições a amoldam, não na sua letra, mas na sua concretização real.

É certamente importante, e instrutivo, examinar alguns de seus caracteres mais salientes e os resultados que deles decorrem.

A “abertura da Constituição”

O primeiro ponto a destacar concerne a seu perfil de Constituição “aberta”, que, além de regras, enuncia princípios cogentes. De fato, o texto é fértil na imposição de princípios.

São estes enunciados, por exemplo, no art. 1º, *caput*, como “fundamentos” do “Estado Democrático de Direito”, este mesmo um dos princípios num rol em que se encontram a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político.

Somem-se a estes o disposto no *caput* do art. 37, tal qual é hoje vigente, que comanda a observância da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Mais os de legitimidade e os de economicidade, mencionados no plano da fiscalização financeira (art. 70, *caput*).

Acrescentem-se, quanto à atividade econômica, os princípios do art. 170, no *caput*: a valorização do trabalho humano e livre iniciativa; e nos seus incisos: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de pequeno porte.

Igualmente, os que hão de reger as relações internacionais do Brasil, que são a independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo e ao

racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, a concessão do asilo político (art. 4º).

Não se olvidem ainda – deixo de transcrever por falta de espaço e tempo – dos princípios da educação, no art. 206. E também não enumero outros que aparecem travestidos de “deveres”, ou refletem interesses difusos.

E lembro, enfim, que para a importante escola contemporânea que está na moda e conta no Brasil com numerosos adeptos os direitos fundamentais devem ser vistos também como princípios, o que traria para o rol deles o disposto nos arts. 5º, 6º, 7º, bem como o direito ao meio ambiente, “ecologicamente equilibrado” (art. 225, *caput*), e o direito à saúde (art. 196, *caput*).

Ora, estes princípios são obrigatórios, imediatamente aplicáveis, mas, como tais, são normas generalíssimas que, segundo Robert Alexy e seus seguidores, fixam mandados de otimização e são suscetíveis de ponderação.

A incidência de princípios em situações de fato depende de uma concretização dos mesmos que incumbe evidentemente ao aplicador. Este, assim, é que no fundo faz a norma, conforme seu juízo quanto ao conteúdo do princípio e o grau de otimização que comporta. Ademais, como na maioria dos casos concretos, vários princípios concorrem, ou colidem, isto é, de um ou outro ângulo o concernem. O aplicador tem a tarefa de ponderar, quer dizer, avaliar que peso cada um terá naquele caso e qual, por exemplo, deverá prevalecer. Além disto, o princípio – entende essa escola – é o começo de tudo, como diz o nome; e assim pode sobrepujar a regra, sua (mera) concretização legislativa. Ou seja, tudo se resolve pela Constituição, pondo-se de lado o Código referente à matéria. Surge o Direito Constitucional isto ou aquilo, que no fundo é o espelho das convicções do aplicador. A lei, ora a lei. Com efeito, a ponderação pode justificar que num caso específico, por exemplo, deve prevalecer a defesa do consumidor sobre a livre concorrência, ou vice-versa¹.

Neste quadro arbitrário qualquer tese é sustentável, e com a invocação da Constituição, mesmo que importe no fundo em reescrevê-la². Sublinhem-se algumas conseqüências, dentre muitas, que daí resultam.

“NÃO É OUTRA A
RAZÃO QUE TORNOU
A LEI MAGNA EM VIGOR
UMA VERDADEIRA
CONSTITUIÇÃO
‘OCEÂNICA’,
TRATANDO DE TUDO
E PROCURANDO
PETRIFICAR O
TRATAMENTO DE
TUDO. ASSIM, ELA
INVADIU O CAMPO
QUE, NA SABEDORIA
DO PASSADO, ERA
DEIXADO À NORMAÇÃO
INFRACONSTITUCIONAL.”

A primeira é a judicialização da política, e isto em vários sentidos. O mais neutro deles é que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação judicial. Todas as decisões do Governo podem ser submetidas ao juiz, que poderá julgá-las aplicando princípios outros que o da legalidade. Conformando-as, portanto, segundo o seu entender. É o que facilita a supressão da instância infraconstitucional.

Claro está que disto deflui a insegurança jurídica. Ninguém pode prever se, numa decisão, vai prevalecer a legalidade ou a moralidade, a eficiência ou a economicidade. Certamente este quadro não se coaduna com o princípio – outro paradoxo – do Estado de Direito.

Também não se ajusta ao cerne do sistema político. É este no Brasil a democracia e, como está no parágrafo único do art. 1º da Carta Magna, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Ora, são os representantes, eleitos pelo povo, que fazem as leis, as quais devem intermediar a Constituição e sua aplicação, salvo lacunas específicas, que são excepcionais. Assim, a supressão da instância legislativa é violação de um princípio, o mais importante de todos, na ordem política: o princípio democrático.

A “petrificação” direcional

A Constituição é, entretanto, contraditória, e duplamente contraditória, visto que, se dá lugar a essa extremada abertura, por outro lado parece petrificar o futuro e sua obra.

Tenha-se em mente que na Constituinte de 1987-1988 uma forte corrente pretendeu fazer da Lei Magna uma Constituição dirigente³, nos moldes que então pregava o grande mestre José Gomes Canotilho⁴. E isto nos dois sentidos da expressão. Quer dizer, no sentido explícito, de uma Constituição que dirigiria os governos para a realização de determinados objetivos, e, no sentido implícito, de que estes objetivos traduziriam a transição para o Socialismo – o que é a significação de Estado democrático de Direito na pena de Elías Díaz, o inventor da expressão.

O direcionamento da atuação governamental seria formalmente assegurado pelo controle de constitucionalidade, inclusive pelas novidades, a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Materialmente, ele o seria por meio das prescrições que, analiticamente, foram estipuladas sobre as mais variadas matérias a serem objeto de tal atuação.

Não é outra a razão que tornou a Lei Magna em vigor uma verdadeira Constituição “oceânica”, tratando de tudo e procurando petrificar o tratamento de tudo. Assim, ela invadiu o campo que, na sabedoria do passado, era deixado à norma infraconstitucional. O constituinte de 1987-1988 dá a impressão que se suponha dotado de um conhecimento infinito das questões de governo e possuidor da solução para todos os problemas nacionais. Apesar disso, muitas de suas normas resultaram de composições ambíguas que poderiam ser lidas de modo contraditório, como não raramente sucede.

Ora, disso sobressaem dois inconvenientes.

De um lado, o fato de que a instauração de novas linhas de ação política – linhas estas decorrentes da orientação do eleitorado, ou tornadas evidentes pela mudança dos tempos, por exemplo, no plano econômico e mesmo social – pressupõe mudança da Constituição. Ou seja, a adoção de emendas constitucionais, o que reclama mobilização de votos, freqüentemente muito custosas. Isso é demonstrado pelo número de emendas adotadas nestes vinte anos.

De outro que, em face da preordenação do conteúdo normativo operada pelo detalhismo da Constituição, tudo seja objeto de contestação de constitucionalidade. Tal fato sobrecarrega o Judiciário, especialmente o guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, e retarda a realização de políticas públicas, pois o controle difuso, com liminares, pode produzir uma babel, se não jurídica, ao menos judicial.

A “petrificação” constitucional

A petrificação da Constituição atinge o ápice por meio das cláusulas enunciadas no art. 60, § 4º. Já se vê que faço alusão às cláusulas pétreas, que proíbem seja objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado (inciso I), o voto direto, secreto, universal e periódico (II), a separação dos Poderes (III) e os direitos e garantias individuais (IV).

A fixação de pontos imutáveis numa Constituição é prática antiga, pois já existe na Constituição da Filadélfia de 1787⁵. Doutrinariamente, justifica-se com a invocação erudita de Carl Schmitt, segundo o qual a Constituição é decisão do povo sobre o modo de vida em comum. Ela, todavia, contraria a abertura da Constituição, por sua adaptação a novos tempos e condições. Tomada de modo absoluto, importa em reclamar, para as mudanças, a revolução; ou seja, a quebra da Constituição.

Este entendimento radical depreende-se das lições, comuns até, de que nada pode ser alterado quanto a direitos fundamentais, em decorrência do inciso IV, lido logicamente, pois não tem cabimento supô-lo resguardando uma espécie apenas de direitos fundamentais, as liberdades, mas todos eles, incluídos os direitos sociais. Verdade é que o texto constitucional pode ser interpretado como apenas vedando a supressão do direito, não a alteração de seu regime, tese que conta com abono em decisão do Supremo Tribunal Federal. Ou atenuar a vedação, entendendo-se que somente protege os “verdadeiros” direitos fundamentais, os direitos fundamentais *ex natura*, não meros direitos entendidos como importantes pelo constituinte⁶.

Em termos absolutos, a inamobibilidade realmente petrificaria a Constituição. A cláusula I proibiria se tocasse na estrutura federativa, o que inclui – note-se – a repartição de tributos e rendas. Não está nisto a própria condição da autonomia de Estados, Distrito Federal e Municípios? Já foi invocada até para impedir a revisão constitucional pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso, a pretexto do papel federativo do Senado. A cláusula II – vá

lá – assegura a democracia que é possível. A III, ao proteger a separação dos Poderes, como está na Constituição, não se filia ao padrão clássico – basta lembrar que aceita a delegação legislativa e o poder normativo primário do Executivo, que bloquearia o aprimoramento das instituições.

A separação dos Poderes

A análise da separação dos Poderes tal qual a conforma a Carta Magna vigente, menos na sua letra que na sua prática, oferece uma visão instrutiva de que as instituições sofrem mutações, sem terem sido alteradas formalmente.

Numa visão certamente simplista, mas que corresponde ao espírito da separação dos Poderes, um Poder administra, ou executa ações – o Executivo; um Poder legisla – estabelece o conteúdo dos atos normativos primários, as leis (a *faculté de statuer* de Montesquieu) – o Legislativo (embora nisso colabore o Executivo ao não usar do veto, a *faculté d’empêcher*); o terceiro julga, isto é, aplica contenciosamente as leis aos casos concretos – o Judiciário. E, complete-se o perfil, estes Poderes hão de ser independentes e harmônicos (como está no art. 2º da Constituição), além de ficar em equilíbrio, pois este é imprescindível para que “o poder detenha o poder”, para que sirvam de freios e contrapesos uns para os outros.

É assim que se governa o Brasil?

Primeiro, é fato que a Constituição dá preeminência e proeminência ao Executivo, e a um Executivo unipessoal, que coincide com o Presidente da República. Afora os papéis clássicos de chefe de Estado, chefe do Governo, chefe da Administração, comandante das Forças Armadas, condutor das Relações Exteriores, é ele quem comanda a economia e tem nas mãos a grande massa dos recursos públicos. Também é o grande empresário, controlador das empresas estatais. Igualmente, o protetor dos menos afortunados, porque dele dependem o INSS e especialmente o SUS. Ademais, o seu modo de eleição – majoritária e direta – o faz o representante por excelência do povo, o possuidor do máximo possível de legitimidade democrática. É ele, mais, o verdadeiro detentor do poder de legislar. Dele emanam os projetos de lei que vingam, porque é ele que tem força (poder) para fazê-los aprovar (o que, aliás, se passa pelo mundo afora). Entretanto, ele não apenas origina a legislação como a edita por meio das medidas provisórias com força de lei. Estas devem ser coonestadas pelo Legislativo – e isto raramente não sucede – mas sua vigência e eficácia são imediatas, valem assim desde o início como se leis fossem⁷.

O Legislativo fica dessa forma reduzido a uma Câmara confirmatória. Consola-se com os poderes investigatórios que a Constituição lhe atribui. As comissões parlamentares de inquérito parecem resumir, e sem dúvida é isto que se dá aos olhos do público, a atividade desse Poder. Ele investiga e, nisto, perde de vista que o papel das comissões é essencialmente o de colher dados para sua atuação como legislador. Ao invés, torna-se o grande inquisidor, o implacável perseguidor do crime e da corrupção (que, não raro, respinga nele próprio).

O papel político do Judiciário

Quanto ao Judiciário, este vem passando por uma profunda transformação, em parte resultante da Constituição, em parte de um ativismo que toma conta de não poucos magistrados. Já se apontou, ao tratar dos princípios, que a abertura da Constituição enseja um papel de decisão política para o Judiciário.

Por outro lado, a utilização de instrumentos já antigos, como a ação popular (de alcance estendido por um entendimento amplo do que seja lesividade e com o caráter preventivo que pode assumir) e o mandado de segurança, bem como novos, a ação civil pública, para tanto muito contribuem. Ademais, não se pode ignorar que também o favorece, embora indiretamente, o controle de constitucionalidade, por exemplo, por meio da ação declaratória de constitucionalidade. Do mesmo modo, ações com outra destinação específica, mas que se refletem no plano das políticas de governo, como o mandado de injunção e a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Na verdade, o Judiciário não mais fica no controle negativo, a desfazer atos inconstitucionais ou ilegais, mas vem assumindo um papel de controle positivo, impondo ações e políticas.

Vale salientar algumas decorrências disto.

Uma, o controle negativo, é freqüente, já na primeira instância, a determinação de políticas públicas, ou de ações individualizadas, em nome do direito à saúde, à educação, para a proteção de minorias, etc. Em substância, essas decisões configuram atos de execução, mas atos, quando judiciais, qualificados pela coercitividade.

Outra, controle positivo, num nível mais alto. O Supremo Tribunal Federal assumiu claramente o papel de conformador do ordenamento constitucional. Dir-se-á que isto sempre ocorreu, contudo não na medida atual e do modo que se passa.

Tenha-se em mente que hoje ele pode “modular” os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. É o que resulta do art. 27 da Lei nº 9.868/99. O STF pode restringir os efeitos da declaração ao fixar o termo *a quo* do desfazimento dos efeitos de ato inconstitucional. Pode fazê-lo, com fundamento em “razões de segurança jurídica” – o que é amplo; ou de “excepcional interesse social” – o que é amplíssimo. E é uma apreciação política, no sentido de uma apreciação de oportunidade e conveniência. Sim, porque “interesse social” abrange tudo o que concerne à vida em sociedade e excepcionalidade é um juízo de valor. E, para corroborar que se trata de uma apreciação política, exige-se para tanto a maioria de dois terços e não a maioria absoluta reclamada para a mera declaração de inconstitucionalidade. Ora – não fujamos à realidade – restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade é admitir a sobrevivência de ato inconstitucional, é mudar a Constituição, ou conformá-la ao menos.

Acresce a isto o poder, conferido ao mesmo Tribunal pela

Emenda Constitucional nº 45/2004, de editar súmulas (art. 103-A da Constituição). São estas enunciados normativos, destinadas a definir “a validade, a interpretação e a eficácia de normas (constitucionais) determinadas” (art. 103-A, § 1º). Tais súmulas equivalem, no fundo, a leis interpretativas, pois têm efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Seriam elas a condensação da jurisprudência, após “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”. Entretanto, o que se tem visto é a edição de súmula, logo após o primeiro julgamento da questão.

Aqui, de novo, o *quorum* exigido e o fundamento justificativo demonstram o caráter político de tal instituto. Tal *quorum* é a maioria de dois terços dos membros da Suprema Corte e a isto se aplica o que mais alto já se disse. Dois são esses fundamentos. Um é a “grave insegurança jurídica”, o que já é uma inegável abertura, visto que enseja, ao menos, uma avaliação de gravidade. Outro, a “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. E a referência à relevância representa também incontestável latitude de apreciação política.

E há mais a assinalar. Trata-se da integração do ordenamento infraconstitucional.

As súmulas vinculantes já importam na passagem do constitucional para o infraconstitucional. Neste último plano, o Judiciário tem nitidamente avançado também.

O constituinte de 87/88 temeu que preceitos constitucionais se tornassem letra morta por falta de regulamentação, sobretudo legal, que permitisse a sua aplicação. Inscreveu, por isso, no texto, dois instrumentos que conduziriam a tal regulamentação. Um, a Ação de Inconstitucionalidade por omissão; outro, o Mandado de Injunção.

A primeira não mereceu mais do que um parágrafo, inserido no art. 103. Conduziria apenas a dar “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Ou seja, serviria para constituir em mora o Poder competente, o mais das vezes o Legislativo. Sua utilidade restrita levou-a (quase) ao esquecimento.

O Mandado de Injunção é uma criação do constituinte de 87/88, tendo sido infrutífera a busca de precedente estrangeiro a seu respeito. Está ele previsto no art. 5º, LXXI, e destina-se a tornar viável “o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, quando isso for obstado pela falta de regulamentação.

A interpretação desse preceito acarretou forte polêmica, porque – ironia – ele não é completo, pois não enuncia quem haveria de editar tal regulamentação, o órgão judiciário ou o “Poder competente”, caso em que daria ciência a este da falta, como ocorre na ação de inconstitucionalidade por omissão.

A jurisprudência evoluiu. De início, seguiu a tese da comunicação da omissão, depois veio a abalancar-se a suprir

a lacuna. É o que fez o Supremo Tribunal Federal, em 2007, mandando aplicar à regulamentação do direito de greve do servidor público as normas que regem este instituto no Direito privado⁸. Ora, este suprimento é incontestavelmente um ato político, pois equivale a uma legislação.

Outro exemplo dessa integração do ordenamento infraconstitucional pelo Judiciário é o que se deu, ainda em 2007, a respeito de tema que concerne à própria conformação da ordem política e assim é de enorme importância. Ela transparece de decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, que se interligam.

Ao Tribunal Superior Eleitoral cabe, entre outras, a competência de responder a consultas sobre matéria eleitoral e partidária. Ora, em resposta exatamente a consultas, teve ele de examinar a delicada questão da relação entre o partido e aqueles que, sob sua legenda, se elegeram, mas posteriormente o deixaram. Concretamente, a dúvida se os eleitos por um partido perderiam o mandato caso o deixassem. Tal tema, aliás, não mereceu norma explícita na Constituição, embora o art. 17, § 1º, desta comande que os estatutos partidários tratem da fidelidade e da disciplina partidárias.

Entendeu o Tribunal Superior Eleitoral que, embora a Constituição não disponha sobre a sanção do abandono do partido, tal sanção estaria nela implícita: seria a perda do mandato, salvo motivo justo. E isto tanto para os eleitos segundo o sistema de representação proporcional – deputados – como para os eleitos em eleição majoritária – como senadores⁹.

Tal orientação foi corroborada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à questão da perda do mandato dos eleitos pelo sistema proporcional que tinham abandonado o partido pelo qual se haviam elegido¹⁰.

Posteriormente, o Tribunal Superior Eleitoral editou uma Resolução (nº 22.610) dispondo sobre o assunto. Substituiu-se, pois, ao legislador omissor. Evidentemente desempenhando uma tarefa política de natureza legislativa.

Observações finais

Cabe concluir com um registro. A Constituição, há vinte anos promulgada, deu lugar a profundas transformações no Direito brasileiro. Não que todas façam jus a aplauso. Nem que elas se devam a seu mérito como documento jurídico, que é discutível, pois o texto tem vários defeitos bem conhecidos. Nem que isto resulte da sua adequação às necessidades do País, eis que peca, e muito, quanto à governabilidade. Mas sim, paradoxalmente, em razão de algumas peculiaridades de valor duvidoso. Entretanto, deve-se reconhecer a sua influência, maior que a de outras Constituições brasileiras, afora haver superado crises e desafios, o que representa um incontestável aspecto positivo.



“A CONSTITUIÇÃO,
HÁ VINTE ANOS
PROMULGADA, DEU
LUGAR A PROFUNDAS
TRANSFORMAÇÕES
NO DIREITO
BRASILEIRO. NÃO QUE
TODAS FAÇAM JUS A
APLAUSO.”

NOTAS

¹ Ou, o que ainda não se deu, mas poderá ocorrer, que a proibição da tortura deve ceder às exigências do direito à segurança. Ou que a redução das desigualdades sociais deve preponderar sobre a propriedade privada.

² No julgamento da ADPF nº 144 pelo Supremo Tribunal Federal, o voto do Min. Eros Grau demonstra sua indignação com essas manipulações: “É bom que se diga, mais uma vez, que ninguém está autorizado a ler na Constituição o que lá não está escrito, prática muito do gosto dos neoconstitucionalistas e/ou pós-positivistas, gente que reescreve a Constituição na toada de seus humores”.

³ Ainda na atualidade há quem pretenda que a Constituição de 1988 seja uma Constituição dirigente.

⁴ Que hoje abjurou da Constituição dirigente, conforme já escreveu muitas vezes, para descontentamento de alguns admiradores, que saudosisticamente preferem o “velho” Canotilho I ao “novo” Canotilho II.

⁵ A sua relatividade também é fácil de demonstrar. Basta lembrar que a revisão da Constituição portuguesa de 1976 suprimiu cláusula pétrea para desconforto dos mestres constitucionalistas lusitanos.

⁶ Por exemplo, a gratuidade de certidões de óbito (art. 5º, LXXVI, “b”).

⁷ É certo que o quadro se atenuou depois da Emenda Constitucional nº 32/2001, mas de modo geral ocorre o que se apontou.

⁸ Mandados de injunção: MI 670, Rel. para o acórdão, Min. Gilmar Mendes; MI 708, Rel.: Min. Gilmar Mendes; MI 712, Rel.: Min. Eros Grau.

⁹ Sobre deputados que deixaram o partido pelo qual se tinham elegido: TSE, consulta nº 1.398, Relator: Min. César Asfor Rocha. Sobre eleitos em eleição majoritária, TSE, consulta nº 1.407, Relator: Min. Carlos Britto.

¹⁰ Mandados de segurança MS 26.602, Rel.: Min. Eros Grau; MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; MS 26.604, Min. Cármen Lúcia.